

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : 24969C

Inscrit le 27 octobre 2008

Audience publique du 16 juin 2009

Appel formé par la société anonyme ... S.A., ...

contre

un jugement du tribunal administratif du 10 septembre 2008 (n° 23220 du rôle)

**dans un litige l'opposant à une décision du directeur de l'administration des
Contributions directes**

**en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et d'impôt commercial
communal**

Vu l'acte d'appel, inscrit sous le numéro 24969C du rôle, déposé au greffe de la Cour administrative le 27 octobre 2008 par Maître Maria DENNEWALD, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ... s.a., établie et ayant son siège social à ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, dirigé contre un jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 10 septembre 2008, rejetant comme non fondé son recours tendant à la réformation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 18 avril 2007, répertoriée sous le numéro C 13524 du rôle, ayant déclaré non fondé sa réclamation contre les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal des années 2001, 2002, 2003 et 2004 émis à son égard par le bureau d'imposition sociétés Esch, le même jugement ayant déclaré le recours subsidiaire en annulation contre la même décision directoriale irrecevable ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 21 novembre 2008 par Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Maria DENNEWALD et Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 12 février 2009.

La société anonyme de droit belge ... s.a. posséda 100% des parts dans trois sociétés à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, la société ... s.à r.l., la société ... s.à r.l. et la société ... s.à r.l. jusqu'en décembre 1999, date à laquelle elle vendit la totalité de ses parts dans les sociétés ... et ... à la société ... s.à r.l. pour un montant total de 230.000.000 LUF.

Le 10 avril 2001, les trois sociétés à responsabilité limitée de droit luxembourgeois furent transformées en sociétés anonymes. Le même jour, un projet de fusion fut établi par acte notarié, suivant lequel la société ... s.a. fusionnait avec les sociétés ... et ... s.a. en absorbant ces dernières. En vertu du projet de fusion par absorption, les opérations des sociétés absorbées étaient à considérer du point de vue comptable comme accomplies au nom et pour le compte de la société absorbante à partir du 1^{er} janvier 2001.

Etant donné qu'avant la fusion, la société absorbante ... s.a. détenait la totalité des parts des sociétés et ... la fusion impliqua l'annulation de ces participations. La fusion conduisit ainsi dans le bilan de la société absorbante ... s.a. à une perte de fusion s'élevant au montant de 128.864.217 LUF et consistant en la différence entre la valeur comptable des participations dans les sociétés absorbées (230.000.000 LUF) et la valeur nette comptable des deux sociétés (101.135.783 LUF).

La société ... s.a. déduisit dans la déclaration d'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2001 ladite perte comptable de 128.864.217 LUF.

Par courrier du 2 juin 2006, le bureau d'imposition sociétés Esch de la section sociétés du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le bureau d'imposition », informa la société ... s.a. qu'après un examen de ses déclarations fiscales pour l'année 2001, il envisageait d'effectuer divers redressements, alors que d'après les articles 170 et 171 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, désignée ci-après par « LIR », la perte de fusion comptable serait à éliminer du résultat comptable pour être remplacée par le bénéfice établi hors bilan, à savoir la différence entre la valeur d'exploitation des participations et leur valeur comptable. Dans la mesure où il estima que la valeur d'exploitation était à évaluer à 230.000.000 LUF et correspondait ainsi à la valeur comptable, aucune perte de fusion ne pourrait être déduite.

Par courrier de son expert-comptable du 28 juin 2006, la société ... s.a. estima qu'étant donné que le contribuable serait imposé conformément à l'article 170 (1) LIR la plus-value serait imposable et par conséquent, les pertes éventuelles déductibles du bénéfice imposable.

Le 19 juillet 2006 le bureau d'imposition émit les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal de l'année 2001. Le 2 août 2006, il émit les bulletins correspondants pour les années 2002, 2003 et 2004. Dans les bulletins relatifs à l'exercice 2001, le bureau d'imposition maintint sa position exprimée dans son courrier du 2 juin 2006 et rajouta la perte de fusion de 128.864.217 LUF au bénéfice imposable.

Par courrier du 17 octobre 2006, l'expert comptable, mandataire de la société ... s.a., introduisit auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le directeur », une réclamation contre l'ensemble desdits bulletins.

Le 18 avril 2007, le directeur rejeta cette réclamation de la société ... s.a. par une décision, répertoriée sous le numéro C 13524 du rôle, aux motifs essentiels suivants :

« Considérant que la réclamante fait grief au bureau d'imposition :

1. de ne pas avoir tenu compte au niveau de l'établissement des bases d'imposition de l'année 2001, d'une perte de 2.278.551 € résultant de la fusion par absorption, par la réclamante, des sociétés anonymes ... et ... l ;

2. de ne pas avoir tenu compte au niveau de l'établissement des bases d'imposition des années 2002, 2003 et 2004 du report de pertes de l'exercice 2001 ;

(...)

Considérant qu'en matière fiscale, toute transmission de l'actif social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative à une autre personne entraîne en principe la découverte et l'imposition des plus-values inhérentes aux biens transférés (article 170, alinéa 1 L.I.R.) ;

Considérant toutefois qu'en vertu de l'article 170 alinéa 2 L.I.R., dans sa version applicable en 2001, le bénéfice réalisé à l'occasion de la transmission en bloc de l'actif social d'une société de capitaux résidente à une autre société de capitaux résidente pleinement imposable, est exonéré dans la mesure où certaines conditions sont remplies ;

qu'une de ces conditions consiste dans le fait que la transmission doit être opérée contre remise de droits sociaux créés à cette fin par la société bénéficiaire de la transmission et attribués aux associés de la société apporteuse ou contre annulation d'une participation de la société bénéficiaire de la transmission dans la société apporteuse ;

Considérant qu'il résulte des comptes annuels établis pour l'exercice 2001 que la réclamante a repris les biens actifs et passifs des sociétés absorbées à la valeur comptable ;

Considérant qu'en raison de la détention intégrale des sociétés absorbées par la réclamante, société absorbante, la transmission en bloc de l'actif social a eu pour conséquence l'annulation des participations dans les sociétés absorbées ;

qu'en l'occurrence, l'annulation des participations dans les deux sociétés absorbées a donné lieu, au bilan après fusion, à une perte comptable de 100.984.224 francs relative à la société apporteuse ...-... et à une perte comptable de 27.879.993 francs relative à la société apporteuse ... ;

Considérant que le traitement fiscal d'une annulation de participation dans le cadre d'une transmission d'un actif social est réglé par les dispositions de l'article 171 L.I.R. ;

qu'aux termes de l'article 171 L.I.R. en vigueur à l'époque, le bénéfice de la société absorbante qui a possédé une participation dans la société absorbée est calculé comme si la participation avait été réalisée au prix de sa valeur d'exploitation, indépendamment de l'évaluation des biens repris et sans préjudice de l'article 166 ;

que dès lors la perte comptable totale de 128.864.217 francs est à éliminer du revenu imposable de l'année d'imposition 2001 et à remplacer par le bénéfice calculé comme si les deux participations avaient été réalisées au prix de la valeur d'exploitation ;

Considérant que c'est donc à bon droit que le bureau d'imposition, en établissant les bases d'imposition de l'année d'imposition 2001, a éliminé la perte comptable totale de 128.864.217 francs du revenu imposable de l'année d'imposition 2001 pour la remplacer par le bénéfice calculé suivant article 171 L.I.R. ;

Considérant que le bureau d'imposition a procédé à l'évaluation de la valeur d'exploitation à 172.000.000 francs en ce qui concerne la participation dans ... et à 58.000.000 francs en ce qui concerne la participation dans ... ;

que les valeurs d'exploitation retenues par le bureau d'imposition correspondent aux montants respectifs des prix d'acquisition des deux participations ;

que le bénéfice résultant de l'annulation des dites participations et déterminé par la différence entre la valeur comptable et la valeur d'exploitation s'élève dès lors à 0 franc ;

Considérant qu'en guise de motivation de sa réclamation, la requérante a produit un rapport d'expert établi en date du 21 septembre 2006 par ... et évaluant les participations dans les sociétés absorbées ... et ... au moment de la fusion en 2001, notamment à une valeur nettement inférieure au prix d'acquisition s'élevant à 79.388.923 francs (1.968.000 €) en ce qui concerne la société ... et à une valeur de 58.694.555 francs (1.455.000 €) en ce qui concerne ... ;

qu'après mise en compte de ces valeurs, le résultat calculé en vertu de l'article 171 L.I.R. représenterait une perte globale de -91.916.522 francs (-2.278.551 €) que la réclamante entend faire valoir ;

Considérant qu'en vertu de l'alinéa 1 de l'article 27 L.I.R., la valeur d'exploitation d'un bien est considérée comme étant le prix qu'un acquéreur de l'entreprise entière attribuerait au bien envisagé dans le cadre du prix d'acquisition global, l'acquéreur étant supposé continuer l'exploitation ;

Considérant que la réclamante a acquis les participations dans les sociétés anonymes absorbées ... et ... en date du 15 décembre 1999 à un prix d'acquisition de 172.000.000 francs respectivement de 58.000.000 francs ;

que ces prix d'acquisition ont été fixés sur base d'évaluations effectuées en date du 23 novembre 1999 par la société ... ;

que la requérante a acquis ces participations de la société anonyme belge ... qui détient 100% du capital social de la réclamante ;

Considérant qu'en matière fiscale, les sociétés membres d'un groupe doivent être considérées comme agissant entre elles sur un marché de pleine concurrence (normes OCDE) ;

qu'à l'époque du transfert des participations à l'intérieur du groupe ..., les prix de cession ont donc dû être conformes suivant le principe de la pleine concurrence aux prix convenus dans des conditions similaires entre tiers ;

Considérant qu'il n'est pas clair pourquoi au moment de l'établissement du projet de fusion en date du 10 avril 2001, quelque 16 mois après leur acquisition, la valeur de la participation dans ... aurait donc diminué de plus de 50% ;

Considérant que les sociétés absorbées ont pu consolider leurs chiffres d'affaires au cours de l'exercice 2000 ;

que la société ... a réalisé un bénéfice de 17.825.758 francs lors de l'exercice 2000 par rapport au résultat réalisé de 22.949.117 francs en 1999 ;

que les comptes annuels de l'exercice 2000 des sociétés absorbées ne renseignent pas non plus une distribution de bénéfices ;

que les comptes annuels de l'exercice 2000 de la réclamante retiennent des valeurs d'évaluation respectives de 172.000.000 francs et de 58.000.000 francs pour les participations dans les sociétés ... et ... ;

qu'en vertu de l'article 23 alinéa 3 L.I.R., les participations sont à évaluer au prix d'acquisition ou de revient ; que lorsque la valeur d'exploitation y est inférieure, l'évaluation doit se faire à cette valeur inférieure pour être conforme aux principes d'une comptabilité régulière (article 23 alinéa 1er L.I.R.) ;

que pourtant la réclamante, en établissant ses comptes annuels de l'année 2000, n'a aucunement jugé utile de procéder à une correction de valeur des participations dans... et ...;

Considérant que le rapport d'évaluation produit par la réclamante en cours d'instance se base en plus sur des « indicateurs financiers » en relation avec la société ..., actionnaire principal de la réclamante, ces indicateurs servant à déterminer la valeur de marché tout en considérant les fonds propres des sociétés absorbées ;

que le rapport tient donc compte des résultats tant positifs que négatifs réalisés par les sociétés du groupe ... parmi lequel les trois sociétés intervenant dans l'opération de fusion font également partie ;

Considérant cependant que pour déterminer la valeur d'exploitation des deux sociétés en cause, seuls les fonds propres de celles-ci doivent être déterminants ;

qu'une évaluation de la valeur d'exploitation de la société ... en dessous des prix d'acquisition n'est pas justifiée sur base de ce seul rapport ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de confirmer les valeurs d'exploitation retenues par le bureau d'imposition ;

Par ces motifs

reçoit les réclamations en la forme,

les dit non fondées ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 17 juillet 2007, la société ... s.a. saisit le tribunal administratif d'un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de cette décision directoriale du 18 avril 2007.

A travers un jugement du 10 septembre 2008, le tribunal administratif reçut le recours principal en réformation en la forme, mais le rejeta comme non fondé, tout en déclarant le recours subsidiaire en annulation irrecevable.

Le tribunal constata d'abord que la position des parties en cause diverge sur la question de la détermination de la valeur d'exploitation. Ensuite, par référence aux travaux parlementaires relatifs à la LIR, le tribunal retint que la valeur d'exploitation d'une participation est essentiellement fonction, d'une part, du coût de remplacement des éléments nécessaires du patrimoine de la société dans laquelle la participation est détenue, utilisés au bénéfice de la société détentrice de cette participation et, d'autre part, du degré d'utilité ou de nécessité de la participation dans le cadre de l'activité globale de la société détentrice. Cette assimilation entre la valeur d'exploitation et la valeur d'acquisition des participations ne constituant cependant qu'une présomption simple, il incomberait au contribuable de fournir les éléments concrets de nature à justifier la fixation d'une valeur inférieure dans la mesure où il estime que la valeur d'exploitation d'un bien doit être fixée à un montant inférieur à son prix d'acquisition.

Ensuite, le tribunal décida que les moyens invoqués par la société ... s.a. ne seraient pas de nature à élever la détermination de la valeur d'exploitation retenue par le directeur. Il écarta d'abord les évaluations faites par un tiers fondées notamment sur trois indices boursiers relatifs à l'action de la société de droit belge ..., cotée en bourse, au motif que, si ces indices avaient pu être appliqués en 1999 lors de la cession entre la société de droit belge ... et la société ... s.a., ces indices se rapportant exclusivement à la société ... ne seraient pas transposables à l'opération de fusion par absorption entre la société ... s.a. et les sociétés ... s.a. et ..., opération dans laquelle la société ... n'intervenait pas. Ensuite, il écarta la prétention de la fixation de la valeur d'exploitation des participations sur base de la valeur estimée de réalisation en retenant qu'un facteur prépondérant dans la détermination de la valeur d'exploitation serait la nécessité ou l'utilité du bien économique dans le cadre de l'exploitation, ce facteur fournissant en effet les limites maxima et minima dans le cadre desquelles se meut la valeur d'exploitation et que la simple affirmation de la société ... s.a., sans aucune précision, que les participations ne constitueraient ni un élément essentiel, ni un élément étranger à la poursuite de l'activité, et que leur valeur devrait donc être fixée près de la limite minima de la valeur d'exploitation, ne serait pas de nature à ébranler la présomption selon laquelle la valeur d'exploitation correspond en l'espèce à la valeur d'acquisition des participations. Finalement, le tribunal écarta les simples affirmations de la partie demanderesse selon lesquelles la méthode d'évaluation de la valeur d'exploitation, dénommée « *Stuttgarter Verfahren* », permettrait une meilleure évaluation de la valeur des participations.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 27 octobre 2008, la société ... s.a. a régulièrement interjeté appel contre ce jugement du 10 septembre 2008.

A l'appui de son appel, la société ... s.a. critique l'interprétation de la notion de valeur d'exploitation faite par le directeur et le tribunal et le mode de détermination de cette valeur retenu dans l'hypothèse d'une participation.

Elle conteste en premier lieu l'existence d'une présomption selon laquelle la valeur d'exploitation d'une participation correspondrait à son coût d'acquisition initial en faisant valoir que le tribunal aurait fondé cette thèse sur l'article 23 (3) LIR et sur les travaux parlementaires y relatifs, mais que l'évaluation des deux participations en cause devrait être faite conformément à l'article 171 LIR qui ne prévoirait aucune présomption comparable à celle prévue par l'article 23 (3) LIR et qui régirait une situation différente caractérisée par la détermination d'un bénéfice censé réalisé lors d'une fusion-absorption, de manière que la

référence à la valeur d'exploitation dans ces deux articles « *tient plus d'une coïncidence que d'une volonté clairement exprimée de la part du législateur* ». En outre, l'appelante épingle que le tribunal se serait fondé sur le commentaire de l'article du projet initial de loi concernant l'impôt sur le revenu correspondant à l'actuel article 27 LIR, mais qui aurait été remplacé dans la suite pour faire correspondre la notion de la valeur d'exploitation à celle du « *Teilwert* » reprise du droit allemand et explicitée notamment, également dans le cadre de l'impôt sur le revenu, par le point 26c des *Vermögenssteuerrichtlinien* (« VStR »). A la suite de cette erreur dans la source d'interprétation, le tribunal aurait également admis à tort l'existence d'une corrélation automatique entre la valeur d'exploitation et la valeur de remplacement du bien et il faudrait plutôt admettre que ce serait l'utilité du bien qui serait déterminante pour fixer la valeur du bien entre sa valeur de remplacement et sa valeur estimée de réalisation. L'appelante soutient qu'il n'existerait par ailleurs aucune corrélation entre la valeur de remplacement d'un bien et son coût d'acquisition initial au motif que la valeur de remplacement comprendrait une part correspondant au désavantage économique temporaire lié au remplacement du bien dont, par contre, le coût d'acquisition ne tiendrait pas compte et que les travaux parlementaires visés par le tribunal énonceraient que la valeur de remplacement devrait être fixée au moment de l'évaluation et non pas au moment de l'acquisition. L'appelante ajoute que l'estimation de la valeur d'exploitation d'une participation à sa valeur d'acquisition serait contraire à la démarche d'une évaluation, au motif que le prix d'acquisition constituerait un élément fixé dans le passé et ne permettant aucune évolution ultérieure pour tenir compte d'une situation changée comme en l'occurrence une chute du cours de bourse de l'action de la société ... S.A. de près de 70% depuis l'année 1999.

A la suite de ces critiques, l'appelante formule la pétition que la valeur d'exploitation des deux participations en cause devrait être établie sur base de la définition légale de la valeur d'exploitation, interprétée à la lumière du point 26c des VStR et, dans une moindre mesure, des travaux parlementaires de la LIR. A titre principal, elle considère que cette estimation devrait être basée sur le rapport d'expertise de la société ... du 21 septembre 2006 qui a conclu à une valeur d'exploitation de 1.968.000 € pour la participation dans la société ... et à une valeur d'exploitation de 1.455.000 € pour la participation dans la société Ce rapport aurait fondé son évaluation sur trois indices boursiers officiels, à savoir (1) le rapport entre la valeur en bourse d'une action ... S.A. et le résultat net du groupe, (2) le rapport entre la valeur en bourse d'une action ... S.A. et les flux de trésorerie du groupe et (3) le rapport entre la valeur en bourse d'une action ... S.A. et les fonds propres du groupe, et l'évaluation correspondrait à la moyenne de la multiplication de chaque indice avec la valeur correspondante (résultat net, flux de trésorerie, fonds propres). Les indices utilisés dans ce rapport auraient en outre été publiés dans les rapports annuels du groupe ... qui auraient été contrôlés et approuvés par l'autorité de contrôle du secteur financier en Belgique. L'appelante estime que cette évaluation tiendrait compte tant de facteurs intrinsèques des sociétés à évaluer (résultat net, flux de trésorerie et fonds propres) tenant aux perspectives de rendement et à l'état de leur trésorerie que de facteurs liés au groupe dont les deux sociétés absorbées faisaient partie et dont tout acquéreur soit des sociétés isolées, soit du groupe entier aurait dû tenir compte, la société ... S.A. étant certes la société mère des autres sociétés du groupe mais n'exerçant pas d'activité commerciale, de manière que la valeur en bourse de l'action ... refléterait l'activité du groupe entier. Outre sa correspondance avec la définition légale de la valeur d'exploitation, la méthode d'évaluation appliquée par le rapport du 21 septembre 2006 aurait également reçu l'aval de l'administration des Contributions directes dans le cadre de l'enregistrement de l'acquisition des deux sociétés en cause lors de l'établissement des comptes de l'exercice 1999, l'appelante fondant cette conclusion sur le fait que le bureau d'imposition, après avoir posé certaines questions, avait émis des bulletins d'impôt pour l'année 1999 conformes à ses déclarations, de manière à avoir nécessairement

accepté les évaluations faites d'après la même méthode par un rapport d'expertise dressé le 10 décembre 1999 par la société ... et remises à la base des enregistrements comptables et des déclarations fiscales. L'appelante épingle l'illogisme par le bureau d'imposition d'avoir accepté une méthode d'évaluation lors de l'acquisition des participations en 1999 et d'avoir rejeté cette même méthode dans le cadre de la fusion en 2001, cette attitude devant également être considérée comme contraire au principe de la confiance légitime.

A titre subsidiaire, l'appelante affirme que la valeur d'exploitation des participations dans les sociétés ... et ... devrait être déterminée sur base de leur valeur estimée de réalisation. A l'appui de cette thèse subsidiaire, l'appelante fait valoir, d'une part, que ces participations représenteraient, ensemble avec ses créances sur ses deux filiales, près de la moitié de ses actifs et, d'autre part, que ces participations représenteraient un élément indépendant de sa propre exploitation constituée par la vente au détail de matériel électronique de loisir, de manière qu'on pourrait raisonnablement penser que ces participations représentent un élément déterminant dans la fixation du prix global pour l'acquisition par la société ... s.a. et qu'elles feraient l'objet d'une estimation individuelle à leur valeur réelle. En outre, l'appelante se réfère aux travaux parlementaires de la LIR et aux *Vermögenssteuerrichtlinien* pour estimer que la valeur d'exploitation d'un bien se situe entre sa valeur de remplacement et sa valeur estimée de réalisation et qu'elle sera d'autant plus proche de sa valeur de réalisation que ce bien n'est pas indispensable à l'exploitation de l'entreprise. Dans la mesure où la notion d'utilité ne se trouve pas autrement précisée, l'appelante considère que l'utilité peut être directe en ce qu'elle porte sur la poursuite réelle de l'activité journalière ou indirecte en ce que le bien assure des revenus permettant de financer l'activité. Elle entend voir dénier en l'espèce l'utilité directe des participations dans les sociétés ... s.a. et ... aux motifs que la détention des participations serait accessoire par rapport à son activité principale de vente au détail de matériel électronique de loisir, que les sociétés ... s.a. et ... exerceraient exactement la même activité qu'elle-même, que ces deux sociétés disposaient de leurs propres magasins et avaient leur « *évolution propre* » en termes de ventes de nouveaux magasins, qu'il n'aurait existé aucune complémentarité opérationnelle entre les trois sociétés qui lui aurait été bénéfique et que la charge pour elle d'assurer l'administration centrale et la gestion des stocks également pour les deux autres sociétés sans contrepartie pourrait même être qualifiée « *d'utilité négative* ». Quant à l'utilité indirecte, l'appelante estime qu'elle ne devrait pas être prise en compte et que, même si on en tenait compte, elle serait à renier en l'espèce, aucun revenu participatif ne lui ayant été versé du chef de ses deux participations litigieuses pour les années 2000 et 2001. Finalement, l'appelante soutient que la notion d'utilité n'aurait rien à voir avec l'importance du bien dans l'actif de l'entreprise, de manière qu'il ne serait pas contradictoire qu'un bien ne serait pas essentiel à la poursuite de l'activité de l'entreprise alors même qu'il représente près de la moitié des actifs de cette entreprise.

Relativement à la fixation concrète de la valeur estimée de réalisation, l'appelante se réfère au § 13 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 sur l'évaluation des biens, dite « *Bewertungsgesetz* », en abrégé « *BewG* », qui prévoit la comparaison avec des ventes récentes de titres de la société ou, à défaut de ventes comparables, un calcul sur base de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société. L'appelante considère qu'une référence à son acquisition des titres des sociétés ... s.a. et ... durant l'année 1999 serait irréaliste « *en raison de la conjoncture économique de la période concernée* », de sorte que la valeur estimée de réalisation devrait être fixée sur base de la fortune totale et des perspectives de rendement de chacune de ces deux sociétés et conformément à la circulaire Eval. 22 du directeur des Contributions du 5 avril 1977 prévoyant l'adoption de la méthode dite du « *Stuttgarter Verfahren* ».

A titre plus subsidiaire, l'appelante sollicite la fixation de la valeur d'exploitation selon la méthode dite du « *Stuttgarter Verfahren* » telle que déclarée applicable par la circulaire Eval 22 susvisée en faisant valoir que cette méthode pourrait être utilisée pour la détermination de la valeur d'exploitation au motif que les deux éléments fondamentaux qui la composent, à savoir la fortune et les perspectives de rendement, seraient les éléments « *que tout acheteur prendra en compte dans l'acquisition de l'entreprise* » également dans le cadre de sa continuation. Ainsi, d'après l'appelante, ce mode d'estimation serait plus précis que la simple correspondance de la valeur d'exploitation au coût d'acquisition qui ne tiendrait pas compte de l'hypothèse légale d'une continuation de l'exploitation.

Le délégué du gouvernement conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris sur base des motifs y contenus et il estime que ce serait à bon droit que les premiers juges ont souligné qu'il incombe au contribuable de fournir des éléments concrets pour justifier la fixation d'une valeur d'exploitation d'un bien à un montant inférieur à son prix d'acquisition et qu'ils ont confirmé la décision directoriale litigieuse du 18 avril 2008. Le représentant étatique considère encore que les moyens et arguments développés par l'appelante en seconde instance ne seraient pas non plus de nature à énerver le bien-fondé de ladite décision directoriale.

Il est constant en cause que l'appelante a fusionné par absorption au cours de l'année 2001, avec effet au 1^{er} janvier 2001, avec les sociétés ... s.a. et ... et qu'elle a repris dans le cadre de cette fusion-absorption l'ensemble des biens actifs et passifs de ces deux sociétés à la valeur comptable, de sorte que la transmission en bloc de l'actif social a impliqué l'annulation des participations détenues par l'appelante dans les deux sociétés absorbées. En raison de cette reprise des deux actifs sociaux à leur valeur comptable et de l'annulation des participations, le bilan de la société ... s.a. présentait après la fusion une perte comptable de 100.984.224 LUF quant à la société ... s.a. et de 27.879.993 LUF quant à la société ..., soit une perte comptable totale due à cette fusion de 128.864.217 LUF.

Il y a lieu de confirmer le tribunal en ce qu'il a retenu que l'opération de fusion-absorption litigieuse se trouve soumise à l'article 170 LIR, dans sa teneur applicable à l'année d'imposition 2001, en ce qu'elle s'analyse en une transmission de l'actif social de deux sociétés de capitaux à une autre société de capitaux et que l'article 170 (1) LIR soumet en principe une telle opération à « *l'imposition ... conformément à l'article 169* ».

De même, il est incontesté en cause que l'opération de fusion-absorption a en principe été exécutée dans des conditions qui la rendaient éligible à l'exonération du bénéfice réalisé à l'occasion de la transmission en bloc de l'actif social d'une société de capitaux résidente à une autre société de capitaux résidente, pleinement imposable, telle qu'instaurée par l'article 170 (2) LIR sous les conditions y précisées, et que l'objet du litige sous analyse rentre dans le cadre de la première condition posée par l'article 170 (2) LIR en ce sens que la transmission « *doit être opérée contre remise de droits sociaux créés à cette fin par la société bénéficiaire de la transmission et attribués aux associés de la société apporteuse ou contre annulation d'une participation de la société bénéficiaire de la transmission dans la société apporteuse* ».

En effet, dans le cadre d'une fusion-absorption impliquant l'annulation de la participation détenue par la société absorbante dans la société absorbée et bénéficiant des dispositions de l'article 170 (2) LIR, tel qu'applicable à l'année d'imposition 2001, le bénéfice de fusion dans le chef de la société absorbante ne correspondait pas à la différence entre la valeur de l'actif social de la société absorbée transmis et la valeur comptable de cette participation annulée, mais, conformément au prescrit de l'article 171 LIR, tel qu'applicable à ce même moment, ce bénéfice de fusion « *est calculé comme si la participation avait été*

réalisée au prix de sa valeur d'exploitation, indépendamment de l'évaluation des biens repris et sans préjudice de l'article 166 ».

Il s'ensuit que le bénéfice ou la perte résultant d'une fusion-absorption correspondait à la différence entre la valeur comptable de la participation annulée et sa valeur d'exploitation devant être fixée au moment de la réalisation de la fusion.

En l'espèce, le bénéfice ou la perte de fusion de la société ... s.a., après annulation des participations détenues dans les deux sociétés absorbées, devait donc être calculé sur base, d'une part, de la valeur comptable des participations détenues dans les sociétés absorbées, soit en l'espèce 230.000.000 LUF (5.701.551 €), et, d'autre part, de la valeur d'exploitation de ces mêmes participations au moment de la réalisation de la fusion.

L'objet du litige sous analyse se résume à la question de la fixation des valeurs d'exploitation des deux participations de l'appelante dans les sociétés ... s.a. et ..., le directeur, confirmé dans cette position par le tribunal, ayant retenu une valeur d'exploitation identique au coût d'acquisition et l'appelante concluant à une valeur d'exploitation de 1.968.000 € pour la participation dans la société ... S.A. et à une valeur d'exploitation de 1.455.000 € pour la participation dans la société ..., de manière à aboutir à une perte de fusion au sens de l'article 171 LIR de $(5.701.551 - 1.968.000 - 1.455.000 =) 2.278.551$ €.

Quant au contenu de la notion de valeur d'exploitation, il y a lieu de relever que l'article 171 LIR fut inséré dans la LIR sur proposition du Conseil d'Etat dans un souci de préciser le régime fiscal d'une fusion en cas de participations préexistantes entre les sociétés participant à l'opération, mais que les travaux parlementaires afférents ne comportent aucune précision sur l'interprétation à donner à la notion de valeur d'exploitation.

Etant donné que les textes légaux doivent être interprétés de préférence de façon à dégager un sens concordant, il y a lieu de considérer que le législateur, en utilisant le terme « *valeur d'exploitation* » à l'article 171 LIR, a entendu donner à ce terme le sens tel que défini dans l'article 27 (1) LIR et figurant dans d'autres dispositions de la LIR, dont notamment l'article 23 (3) LIR posant les règles d'évaluation entre autres pour les participations.

L'article 27 (1) LIR définit la valeur d'exploitation comme étant « *le prix qu'un acquéreur de l'entreprise entière attribuerait au bien envisagé dans le cadre du prix d'acquisition global, l'acquéreur étant supposé continuer l'exploitation* ».

Il est vrai que le projet de loi initial de la LIR prévoyait en son article 32 une nouvelle définition de la valeur d'exploitation considérée comme plus simple et « *complétée par une méthode générale de détermination* » fondée sur la valeur de remplacement (projet de loi concernant l'impôt sur le revenu, doc. parl. 571¹, texte du projet de loi, p. 11, et 571⁴, commentaire des articles, p. 48), mais que, suite aux critiques de la Chambre de Commerce (doc. parl. 571⁷, p. 29), le gouvernement a amendé le projet pour donner à la définition de la valeur d'exploitation son contenu actuel et ce avec l'intention affirmée qu'il « *n'entend rien changer au contenu de la notion de valeur d'exploitation tel qu'il a été fixé par la jurisprudence* » et qu'il « *propose une rédaction nouvelle de l'article qui n'est autre qu'une reproduction aussi littérale que possible du texte afférent de la loi actuellement en vigueur* » (doc. parl. 571¹³, amendements gouvernementaux, p. 13). Force est de déduire à partir de ces éléments relatifs à la genèse de l'article 27 LIR que la notion de la valeur d'exploitation au sens de l'alinéa (1) de cette disposition correspond à celle du « *Teilwert* » tel que défini à l'époque et encore actuellement par le § 6 de la loi sur l'impôt sur le revenu allemande et interprété par la jurisprudence allemande.

Conformément au libellé de l'article 27 (1) LIR, la détermination de la valeur d'exploitation d'un bien économique déterminé doit se situer dans le cadre de l'entreprise considérée dans sa totalité. Ainsi, il y a lieu de déterminer d'abord un prix d'acquisition global pour toute l'entreprise dont le bien économique considéré fait partie et ce prix fictif doit être déterminé sur base de la supposition d'un acquéreur continuant l'exploitation de l'entreprise et partant en considération des perspectives de rendements futurs de l'entreprise. Ensuite, ce prix d'acquisition global doit être réparti sur les biens économiques individuels en considération de leur valeur pour la continuation supposée de l'exploitation de l'entreprise par l'acquéreur fictif.

Cependant, la jurisprudence allemande applique la notion du « *Teilwert* » dans le sens de la faire correspondre à la valeur qu'un acquéreur de l'entreprise entière attribuerait, dans le cadre d'une évaluation individuelle des biens de l'actif et du passif de l'entreprise en vue de déterminer le prix d'acquisition global, au bien économique en cause en tenant compte de son appartenance à l'entreprise et de la continuation de l'exploitation de celle-ci, de manière que la fixation d'un prix d'acquisition global est omise en pratique.

En outre, en vue d'une simplification et d'une application praticable de la notion du « *Teilwert* », la jurisprudence allemande a développé certaines présomptions simples de correspondance du « *Teilwert* » qui peuvent être renversées sur base d'éléments particuliers. Ainsi, pour les biens investis non amortissables, le « *Teilwert* » est supposé correspondre tant à la fin de l'exercice d'acquisition qu'à la fin des exercices subséquents au prix d'acquisition ou de constitution, cette présomption étant d'autant plus forte que la date d'acquisition et la date-clé pour l'évaluation sont rapprochées. Dans l'hypothèse plus particulière d'une participation, la jurisprudence allemande a précisé que le prix d'acquisition est censé correspondre au moment de l'acquisition et aux dates-clé d'évaluation ultérieures au « *Teilwert* » sur base de l'expérience qu'un commerçant n'est pas disposé à payer pour une participation un prix supérieur à la valeur que celle-ci représente pour lui. En outre, le « *Teilwert* » qui divergerait du prix d'acquisition représente une valeur objective résultant d'une appréciation générale sur base de la situation économique à la date-clé d'appréciation et il est supposé fondé sur les frais de remplacement de la participation, ceux-ci correspondant non pas nécessairement à la valeur boursière des parts, mais plutôt à la valeur intrinsèque de la participation et ce surtout dans l'hypothèse où l'importance de la participation entraîne des avantages économiques qui seraient valorisés même par un acquéreur hypothétique par un supplément de valeur (« *Paketzuschlag* ») (cf. Bundesfinanzhof 7.11.1990, I R 116/86, BStBl. II 1991, 342).

Il est vrai que la présomption de correspondance du « *Teilwert* » au prix d'acquisition développée par la jurisprudence allemande est fondée sur la disposition du § 6 de la loi allemande sur l'impôt sur le revenu, correspondant à l'article 23 (3) LIR, et qu'elle peut partant également être transposée au Luxembourg dans le cadre de l'application de cette dernière disposition, mais que l'article 171 LIR vise la notion de valeur d'exploitation sans référence à une présomption de correspondance de cette valeur au prix d'acquisition. Cependant, la Cour ne saurait suivre l'appelante dans son raisonnement qu'aucune présomption de correspondance découlant de l'article 23 (3) LIR ne saurait être appliquée dans le cadre de l'application des articles 170 et 171 LIR au vu des particularités d'une évaluation à l'occasion d'une fusion. En effet, en utilisant la même notion de la valeur d'exploitation dans les articles 23 (3), 27 et 171 LIR sans prévoir dans cette dernière disposition des particularités quant à sa détermination, le législateur a nécessairement admis que la valeur d'exploitation doit être fixée d'après les mêmes principes dans tous les cas où elle est ainsi prévue sans autres distinctifs. De plus, les critiques de l'appelante d'après lesquelles, d'une part, il n'existerait aucune corrélation entre la valeur de remplacement d'un

bien et son coût d'acquisition initial et, d'autre part, le prix d'acquisition représenterait un élément fixé dans le passé qui ne saurait être pris comme base pour une évaluation ultérieure à la valeur d'exploitation, ne sauraient être accueillies par la Cour. En effet, la correspondance entre le coût d'acquisition et la valeur d'exploitation ne constitue qu'une simple présomption, donc une mesure de simplification pratique qui fournit ainsi un point de départ pour la détermination de la valeur d'exploitation d'une participation et qui permet de s'arrêter à ce montant du coût d'acquisition dès lors qu'aucun élément particulier ne plaide en faveur d'une fixation divergente de la valeur d'exploitation, mais qui n'empêche en aucune manière d'effectuer, sur base de circonstances particulières vérifiées en cause, une appréciation concrète de la valeur d'exploitation à attribuer à la participation en question en considération de sa valeur intrinsèque et du coût de son remplacement.

Il s'ensuit que le tribunal a valablement pu retenir la présomption simple que la valeur d'exploitation des participations litigieuses au moment de la fusion avec l'appelante était censé correspondre à leur prix d'acquisition.

Pour renverser la présomption simple ainsi valablement admise par le directeur et le tribunal, la société ... s.a. argue que la valeur d'exploitation de ses participations dans les sociétés ... s.a. et ... devrait être établie conformément à la définition légale de la valeur d'exploitation et sur base du rapport de la société ... du 21 septembre 2006 qui aurait fondé sur trois indices boursiers son évaluation, laquelle tiendrait compte tant des facteurs intrinsèques des sociétés à évaluer (résultat net, flux de trésorerie et fonds propres) tenant aux perspectives de rendement et à l'état de leur trésorerie que de facteurs liés au groupe dont les deux sociétés absorbées faisaient partie.

Cependant, en fondant son évaluation des sociétés ... s.a. et ... partiellement sur des facteurs liés au groupe ..., le rapport ... fixe des valeurs pour ces participations sur base d'une hypothèse qui ne correspond pas à la définition légale de la valeur d'exploitation. En effet, ledit rapport évalue ces sociétés en considérant qu'elles feront toujours partie du groupe ..., tandis qu'en l'espèce, conformément à l'article 27 (1) LIR, l'évaluation doit être faite en supposant qu'un tiers acquiert l'appelante et ses deux filiales ... s.a. et ... pour les séparer du groupe ..., de manière à les exploiter de manière autonome, et qu'il évalue les deux participations en considération de la valeur intrinsèque des deux filiales et de leur apport à une exploitation autonome future de la société ... s.a. en dehors du groupe S'y ajoute qu'en appliquant aux données de base du résultat net, des flux de trésorerie et des fonds propres des sociétés ... s.a. et ... pour l'exercice 2000 les trois indices boursiers officiels susvisés, le rapport fait entrer la valeur boursière du groupe ... dans l'évaluation des sociétés ... s.a. et Or, conformément aux principes ci-avant dégagés par la jurisprudence allemande, les frais de remplacement de ces deux participations correspondent primordialement à la valeur intrinsèque de ces sociétés et non pas nécessairement à la valeur boursière, d'autant plus que les sociétés concernées par l'opération de fusion ne représentent qu'une certaine partie du groupe dont la société mère est cotée en bourse.

Par voie de conséquence, abstraction même faite des autres raisons y relatives invoquées par le directeur et le tribunal, la prétention principale de l'appelante tendant à la reconnaissance des évaluations contenues dans le rapport ... doit être rejetée.

Quant à la demande subsidiaire de l'appelante de voir fixer la valeur d'exploitation au niveau de la valeur estimée de réalisation, la Cour ne saurait partager l'appréciation de l'appelante qu'une telle évaluation serait conforme à l'article 171 LIR et que les participations dans les sociétés ... s.a. et ... ne présenteraient aucune utilité particulière pour elle.

En effet, la valeur estimée de réalisation, définie par l'article 27 (2) LIR en substance comme prix qui s'obtiendrait lors d'une aliénation normale et librement consentie du bien envisagé, compte tenu de toutes les circonstances et conditions, sauf celles à qualifier d'anormales ou d'exceptionnelles, ayant une incidence sur le prix, correspond à une évaluation du bien en question en tant qu'élément isolé du reste de l'entreprise et en considération de sa valeur intrinsèque. Par contre, la valeur d'exploitation est certes également fondée sur la valeur intrinsèque du bien en question, mais doit en outre tenir compte de son appartenance à l'entreprise et de sa relevance pour la continuation de l'exploitation de celle-ci en tant qu'éléments de valorisation complémentaires.

Or, contrairement à l'appelante, la Cour estime qu'une utilité directe des participations dans les sociétés ... s.a. et ... pour l'appelante ne peut être raisonnablement déniée. Force est en effet de constater que les sociétés ... s.a. et ... détenaient et exploitaient en l'année 2000 quelques 6 des 13 magasins exploités au Luxembourg sous l'enseigne « ... » et qu'elles ont réalisé un chiffre d'affaires cumulé de 20.735.275 € sur un chiffre d'affaires global de quelques 53,48 millions d'euros réalisé au Luxembourg et en France au cours de cette année. En outre, même si l'appelante a maintenu un service après-vente, un entrepôt et une gestion des stocks pour les trois sociétés et a assuré l'administration de ses deux filiales sans contrepartie directe, il n'en reste pas moins que les ventes réalisées par les deux filiales ont nécessairement contribué à parvenir à la masse critique de produits vendus justifiant la mise en place d'un service après-vente propre au Luxembourg dans un souci de service à la clientèle et que les ventes de produits réalisées à travers les deux filiales augmentent les quantités de produits à commander auprès des producteurs et contribuent ainsi à obtenir de meilleures conditions de vente auprès de ces derniers.

Ainsi, loin de représenter une simple détention accessoire de participations dans des sociétés quasiment autonomes avec une « *évolution propre* », les sociétés ... s.a. et ... et leur activité, se recoupant d'après les propres affirmations de l'appelante avec ses propres activités, doivent être qualifiées d'élément important dans le cadre de l'activité propre de l'appelante, de manière que les participations dans ces sociétés – représentant 100% de leurs capitaux sociaux respectifs et permettant ainsi leur contrôle absolu - détenues par l'appelante ne peuvent pas être simplement évaluées à une valeur d'exploitation correspondant simplement à la valeur estimée de réalisation, mais à une valeur d'exploitation supérieure tenant compte du coût lié à la perte et au remplacement de ces points de vente, volumes de produits écoulés et chiffres d'affaires en cas de perte du contrôle de ces sociétés.

Il en découle que la prétention subsidiaire de l'appelante tendant à l'évaluation des deux participations litigieuses à la valeur estimée de réalisation est encore à rejeter.

De même, la dernière demande subsidiaire de l'appelante tendant à déterminer la valeur d'exploitation des participations dans les sociétés ... s.a. et ... d'après le « *Stuttgarter Verfahren* » doit être rejetée comme n'étant pas conforme aux articles 171 et 27 (1) LIR. En effet, cette méthode, décrite par l'appelante elle-même dans son acte d'appel comme tenant compte de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société concernée, ne tient pas compte de la valorisation nécessaire, imposée par l'article 27 (1) LIR, de l'élément économique particulier attaché à ces deux participations consistant dans l'intégration, ci-avant constatée, des deux sociétés dans l'activité de l'appelante.

Pour le surplus, le directeur a légitimement pu admettre, conformément aux principes ci-avant dégagés, que le prix d'acquisition de 230.000.000 LUF (5.701.551 €) pour les deux participations consenti en décembre 1999 par l'appelante sur base d'évaluations faites dans le rapport d'expertise dressé le 10 décembre 1999 par la société ..., ... devait normalement correspondre à la valeur que ces participations représentaient pour elle et, conformément à

l'exigence de la conformité des actes entre sociétés d'un groupe au principe de la pleine concurrence, également pour un tiers hypothétique se portant acquéreur de l'appelante, de manière à pouvoir être présumé correspondre à ce moment à leur valeur d'exploitation.

Concernant la période subséquente, il y a lieu de relever, à l'instar du directeur, que la société ... s.a. a réalisé durant l'année 2000 un bénéfice de 441.889 € (bénéfice de 568.893,75 € pour l'année 1999) tandis que le bénéfice de la société ... pour le même exercice s'est élevé à 408.028 € (bénéfice de 216.816,03 € pour l'exercice 1999), mais qu'aucune distribution de bénéfices pour l'année 2000 n'a eu lieu, de manière que les fonds propres augmentés des bénéfices des deux exercices prévus n'ont pas été réduits de distributions aux actionnaires. De même, pour la période entre l'acquisition des deux participations en décembre 1999 et la réalisation de la fusion en cause en avril 2001, la justification essentiellement avancée pour l'admission d'une valeur d'exploitation moindre se résume en substance à la chute du cours en bourse de l'action ... qui à elle seule ne peut cependant être considérée comme affectant la valeur intrinsèque des deux sociétés ... s.a. et ... en l'absence de détention documentée d'actions ... par ces sociétés. Par contre, aucun autre élément qui pourrait utilement faire conclure à une diminution de la valeur intrinsèque de ces deux sociétés n'a été soumis en cause.

Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la valeur d'exploitation à la date-clé de la fusion en cause des participations dans les sociétés ... s.a. et ..., loin d'avoir été réduite depuis l'acquisition de décembre 1999, doit être considérée comme devant rester fixée au plafond légal du prix d'acquisition prévu par l'article 23 (3) LIR et que c'est à juste titre que le directeur a critiqué l'absence de motifs valables tenant aux deux sociétés ... s.a. et ... elles-mêmes qui auraient pu justifier, seulement quelques 16 mois après l'acquisition de ces participations, une diminution de leur valeur de plus de 50%.

C'est partant à bon droit que le directeur a confirmé la fixation de la valeur d'exploitation des deux participations dans les sociétés ... s.a. et ... au moment de la fusion à leur prix d'acquisition et que le tribunal a rejeté les critiques de l'appelante à l'encontre de cette décision directoriale, la solution ainsi dégagée respectant la volonté du législateur d'exclure une perte de fusion déductible « *auprès de la société absorbante dans les cas où la perte enregistrée sur la participation est purement comptable et ne correspond pas à une dépréciation réelle* » (projet de loi concernant l'impôt sur le revenu, doc. parl. 571¹⁶, avis du Conseil d'Etat, p. 113).

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel sous analyse n'est justifié en aucun de ses moyens et est partant à rejeter comme n'étant pas fondé.

PAR CES MOTIFS

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties en cause,

reçoit l'appel du 27 octobre 2008 en la forme,

au fond, le déclare non justifié et en déboute l'appelante,

partant, confirme le jugement entrepris du 10 septembre 2008,

condamne l'appelante aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par:

Francis DELAPORTE, vice-président,

Serge SCHROEDER, conseiller,

Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu à l'audience publique du 16 juin 2009 au local ordinaire des audiences de la Cour par le vice-président, en présence de la greffière de la Cour Anne-Marie WILTZIUS.

s. WILTZIUS

s. DELAPORTE

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 29 mai 2016

Le greffier de la Cour administrative